

3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

3.1 INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL QUE CONFERE ATRIBUIÇÕES À DEFENSORIA PÚBLICA – ADI N.º 3.022-1/2004

RENATO FRANCO DE ALMEIDA

Assessor Especial do Procurador-Geral de Justiça

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

Especialista em Direito Público

Mestre em Direito e Instituições Políticas

Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino

Professor de Graduação e Pós-Graduação *lato sensu*

1. Introdução

A decisão sobre a qual iremos tecer alguns comentários revela-se de atual importância, mormente com o advento da Lei Federal nº 11.448/2007, que modificou o artigo 5º da Lei nº 7.437/85 (Lei da Ação Civil Pública), conferindo à Defensoria Pública legitimidade para a propositura de Ação Civil Pública. Conquanto o aresto tenha sido proferido antes da publicação da Lei, impõe-se como fonte interpretativa – precedente – que, entendemos, vincula os demais órgãos judiciários.

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI proposta pelo Procurador-Geral da República em que se argúi a inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 10.194/1994, do Estado do Rio Grande do Sul, quanto à expressão *bem como assistir, judicialmente, aos servidores estaduais processados por ato praticado em razão do exercício de suas atribuições funcionais*, contida na alínea *a* do Anexo II da Lei, que conferiu à respectiva Defensoria Pública a defesa de todos os servidores públicos do Estado. Segundo o publicado, no particular, o aresto foi unânime em declarar a inconstitucionalidade da expressão, sob o argumento de que, além de ferir a regra da *reprodução obrigatória*, o dispositivo legal conferiu à Defensoria Pública atribuições que se incompatibilizam com a representação judicial dos necessitados (art. 5º, LXXIV, CF/88).

2. Justificativa

Conforme já anunciado, escolhemos essa decisão do Supremo Tribunal Federal para comentário por encerrar verdadeira fonte interpretativa da Lei Federal nº 11.448/2007, que conferiu à Defensoria Pública legitimidade para a propositura de Ação Civil Pública, isso porque, como tentaremos demonstrar na seqüência, entendemos que tal diploma legislativo está eivado de inconstitucionalidade, na medida em que, como a Lei Complementar Estadual fustigada no aresto sob comento, a Lei Federal nº

11.448/2007 oferta à Defensoria Pública atribuição que se afasta de suas diretrizes constitucionais, pois que lhe apresenta oportunidade de representar judicialmente pessoas que não contêm o atributo de *necessitada*, contida no texto constitucional (art. 5º, LXXIV, CF/88).

3. Comentário

3.1. Aspectos Introdutórios

É cediço, em doutrina e jurisprudência, que a Constituição não encerra tão-somente uma lei, cujos princípios e regras possuem normatividade. Forçoso apreender que a Constituição, além de tal característica, é dotada de um atributo que a distingue das demais espécies normativas, qual seja, a sua *supremacia* em relação a todo o sistema. Assim aduz Canotilho (2002, p. 245-246, grifo do autor):

O estado de direito é um *estado constitucional*. Pressupõe a existência de uma constituição normativa estruturante de uma *ordem jurídico-normativa fundamental* vinculativa de todos os poderes públicos. A constituição confere à ordem estadual e aos actos dos poderes públicos medida e forma. Precisamente por isso, a lei constitucional não é apenas - como sugeria a teoria tradicional do estado de direito - uma simples lei incluída no sistema ou no complexo normativo-estadual. Trata-se de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de *supremacia – supremacia da constituição* – e é nesta supremacia normativa da lei constitucional que o ‘*primado do direito*’ do estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão.

Com efeito, é da percepção de sua supremacia e normatividade que podemos apreender o raciocínio segundo o qual, do quanto decidido pela nossa Suprema Corte, a Lei Federal nº 11.448/2007 incompatibiliza-se com os direcionamentos constitucionais referentes à Defensoria Pública.

3.2 Distinção entre Substituição Processual e Representação Processual como Premissa Inafastável a ser Observada pela Norma Infraconstitucional. Dogma Constitucional que se Impõe

Delimitada a questão, procederemos à análise dos direcionamentos postos no aresto proferido em sede de ADI pela nossa Suprema Corte, apresentando nossas escusas pela extensão desaconselhável do presente estudo.

Fixada, portanto, a premissa segundo a qual os princípios institucionais insertos na Constituição, como de resto, todo seu corpo, devem ser observados pelas leis

de conformação, impõe-se o reconhecimento de que a Defensoria Pública tem por objetivo e fim institucionais a *representação judicial* e, não a *substituição processual* dos *necessitados*, institutos que, como veremos, divergem tanto na sua estrutura, quanto nos seus efeitos. Cabe não deslembrar, ainda, que, por toda relevância e gravidade da função que foi atribuída à Defensoria Pública, faz-se necessária a fiel observância dos ditames e limites constitucionais que a regem, a fim de se evitar o seu desvirtuamento funcional, o que representaria imensurável prejuízo para seus destinatários. Com efeito, impende reconhecer, com as clássicas lições de Chiovenda (2000, p. 327), que a *representação judicial* ocorre:

Nem sempre aquele que é dotado de capacidade processual pode comparecer em juízo e realizar diretamente os atos ou alguns atos processuais; freqüentemente, ao contrário, a parte ou o representante da parte tem de ser representado por um procurador judicial [...] Daí, outro dos pressupostos processuais é a capacidade de requerer em juízo (*ius postulandi*).

Ensinando sobre a natureza da relação entre a parte processual e seu defensor, Carnelutti (2000, p. 237-238, grifo nosso), também em escólios clássicos, ensina, de seu turno: “O defensor é nomeado pelas partes mediante uma declaração que recebe o nome de poder (procuração); esse nome se refere em particular ao patrocínio ativo, e provém certamente da opinião de que o defensor ativo é um *representante*”. Divisa-se, assim, que na doutrina clássica da processualística civil, a representação judicial se dá em nome alheio, na defesa de interesse ou direito alheio.

Desse entendimento não se afasta a doutrina moderna, notadamente a pátria que, à luz dos ensinamentos de um dos maiores doutrinadores contemporâneos, prescreve quanto à representação processual (NERY JUNIOR; NERY, 1997, p. 278-279): “[...] é a relação jurídica pela qual o representante age em nome e por conta do representado. Seus atos aproveitam apenas ao representado, beneficiando-o ou prejudicando-o. O representante não é parte no processo”.

Sob outra perspectiva radica a *substituição processual*, que, ainda em ensinamentos clássicos, pode ser conceituada (CARNELUTTI, 2000, p. 222): “Existe substituição quando a ação no processo de uma pessoa diferente da parte se deve, não à iniciativa desta, e sim ao estímulo de um interesse conexo com o interesse imediatamente comprometido na lide ou no negócio”. E ainda, nas precisas palavras de Calamandrei (1999, p. 295), a substituição processual deve ser descrita em contraposição à representação processual, pois assim se revelará, com maior facilidade, a distinção entre ambas. Com efeito, (CALAMANDREI, 1999, p. 295):

Estudada por Chiovenda quando ainda o antigo — Art. 81 — código não a disciplinava expressamente, a substituição processual (também esta denominação é de origem chiovendiano), está agora admitida indiretamente pelo art. 81 do CPC., segundo o qual ‘fora dos casos expressamente previstos pela lei, ninguém pode fazer valer no processo em nome próprio um direito alheio’. Este artigo, como proíbe normalmente a substituição, assim também a permite excepcionalmente nos só casos “expressamente previstos pela lei”: é, então, um instituto excepcional, cuja característica, colocada de manifesto nesta fórmula legislativa, está na contraposição entre a pessoa que é titular do direito controvertido (‘direito *alheio*’), que seria o *substituído* e a pessoa que está legitimada para fazê-lo valer no processo ‘em nome *próprio*’, que seria o *substituto*.

E, com precisão cirúrgica, assevera ainda o ilustre doutrinador italiano (1999, p. 295):

Basta ter presente esta contraposição para — Representação e substituição — captar imediatamente a diferença mais evidente entre representação e substituição: enquanto o representante faz valer em juízo um *direito alheio* (é dizer, um direito do representado a nome do representado), o substituto faz valer em juízo um *direito alheio em nome próprio* (é dizer, um direito do substituído, em nome do substituto); o qual significa, que, enquanto na representação parte em causa é o representado e não o representante, na substituição é parte em causa o substituto, não o substituído.

Por corolário, importa evidenciar que a diferença entre os institutos ora sob comento reside na coincidência ou não das pessoas do titular do direito material e do titular da relação processual: havendo a referida coincidência, haverá *representação processual*; e não havendo, *substituição*.

Quanto à problemática maior que se quer expor, mister saber: a) se os legitimados à propositura da Ação Civil Pública estão na qualidade de substitutos processuais ou meros representantes processuais; b) se a Defensoria Pública pode litigar na qualidade de substituta processual. No que concerne ao primeiro questionamento, forçoso reconhecer que os referidos legitimados (art. 5º, Lei Federal nº 7.347/85) litigam, em sua maioria, na qualidade de substitutos processuais (legitimação extraordinária), e, não de representantes processuais. Isso porquanto, após descortinar as correntes doutrinárias sobre o assunto, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes (2002, p. 244) informa que tem se entendido, majoritariamente, que os legitimados à Ação Civil Pública agem em substituição processual.

Impõe-se, pois, a premissa segundo a qual alguns legitimados para a propositura da Ação Civil Pública se colocam no processo como substitutos processuais. Tal assertiva se mostra verdadeira quanto à legitimação conferida pela Lei Federal nº 11.448/2007 à Defensoria Pública. Não obstante, põe-se nova questão: pode, à luz das diretrizes constitucionais de regência, a Defensoria atuar na qualidade de substituta processual? Realizando-se uma interpretação exclusivamente literal do artigo 5º da Lei nº 7.347/85 (na redação ofertada pela Lei nº 11.448/2007), poder-se-ia entender pela plenitude de legitimação da Defensoria Pública para propositura da Ação Civil Pública, visto que a referida Lei, em si, não traz nenhum limite ou condicionante para a mesma.

Sem embargo, a resposta negativa se impõe à questão, porquanto mister asseverar que os delineamentos constitucionais quanto à Defensoria Pública a impedem de litigar na qualidade de *substituta processual* (legitimação extraordinária), residindo suas atribuições constitucionais na *representação processual* daqueles comprovadamente necessitados. Daí se infere a inconstitucionalidade da Lei Federal nº 11.448/2007, à medida que confere a qualidade de substituto processual à Instituição que, por determinação constitucional, somente poderá figurar em processos judiciais como *representante processual* da parte necessitada.

Tal fenômeno se justifica exatamente pelos termos constitucionais utilizados para a Defensoria Pública, de um lado, e, de outro lado, o Ministério Público. Neste, vislumbra-se a afetação, dentre outras atribuições, da defesa dos interesses ou direitos meta e transindividuais (art. 129, CF/88) (ALMEIDA, 2004, p. 97-103). Quanto àquela, o confinamento na representação judicial dos necessitados (art. 134 c/c art. 5º, LXXIV, CF/88).

Na hipótese corrente, forçoso asseverar que somente a Constituição – no cumprimento dos seus objetivos de criação do Estado brasileiro e na sua preponderância no ordenamento jurídico (princípio da supremacia) – poderia conferir, em tese, atribuições à Defensoria Pública cujo caráter processual redundaria na *substituição processual* (legitimação extraordinária), na defesa de direitos ou interesses meta e/ou transindividuais.

À Lei infraconstitucional não concedeu a Constituição espaço – como o fez para o Ministério Público (art. 129, IX, CF/88) – para conferir outras atribuições à Defensoria Pública, senão a representação judicial (processual) dos comprovadamente necessitados. Frise-se, ademais, que ao Ministério Público está vedada a *representação processual* (art. 129, IX, *fine* CF/88), o que demonstra, às escâncaras, a intenção constituinte no moldar tal arquitetura constitucional.

3.3 Imposição Constitucional à Defensoria Pública que Restringe suas Atribuições à Defesa daqueles Constitucionalmente Considerados Necessitados (art. 5º, LXXIV, CF/88)

Sedimentado o entendimento segundo o qual à Defensoria Pública cabe a defesa dos necessitados (art. 5º, LXXIV, CF/88), impõe-se reconhecer, sob esta nova perspectiva, a incompatibilidade da Lei Federal nº 11.448/2007, porquanto, consoante o que restou decidido na ADI 3.022-1/RS pelo Supremo Tribunal Federal, cabe à Instituição da Defensoria Pública tão-somente a *representação judicial* dos *necessitados*, como tais entendido aqueles que comprovarem insuficiência de recursos. É o que se extrai da ementa do aresto:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RITO DO ART. 12 DA LEI 9.868. ART. 45 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. ALÍNEA A DO ANEXO II DA LEI COMPLEMENTAR 9.230/1991 DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. ATRIBUIÇÃO, À DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, DA DEFESA DE SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS PROCESSADOS CIVIL OU CRIMINALMENTE EM RAZÃO DE ATO PRATICADO NO EXERCÍCIO REGULAR DE SUAS FUNÇÕES. OFENSA AO ART. 134 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. Norma estadual que atribui à Defensoria Pública do estado a defesa judicial de servidores públicos estaduais processados civil ou criminalmente em razão do regular exercício do cargo extrapola o modelo da Constituição Federal (art. 134), o qual restringe as atribuições da Defensoria Pública à assistência jurídica a que se refere o art. 5º, LXXIV.

2. Declaração da inconstitucionalidade da expressão “bem como assistir, judicialmente, aos servidores estaduais processados por ato praticado em razão do exercício de suas atribuições funcionais”, contida na alínea a do Anexo II da Lei Complementar estadual 10.194/1994, também do estado do Rio Grande do Sul. Proposta acolhida, nos termos do art. 27 da Lei 9.868, para que declaração de inconstitucionalidade tenha efeitos a partir de 31 de dezembro de 2004. (Grifo nosso)

3. Rejeitada a alegação de inconstitucionalidade do art. 45 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul.

4. Ação julgada parcialmente procedente.

É possível ainda retirar do voto do eminente Relator a ilação que converge com o quanto asseverado no presente estudo. Segundo ele:

Sr. Presidente, o art. 134 da Constituição Federal é claro ao restringir a finalidade institucional da Defensoria Pública à orientação jurídica e defesa dos necessitados, clareza essa reforçada pela remissão desse dispositivo ao art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal, o qual impõe ao Estado o dever de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Estendendo seu raciocínio, o Ministro-Relator expõe, com agudeza, o problema colocado, de resto, neste estudo:

Talvez a questão se resolvesse sob o prisma da regra de reprodução obrigatória, nas Constituições estaduais, de regras da Constituição Federal. Por esse enfoque, o texto da Constituição estadual foge, por excesso, ao padrão definido na Constituição Federal de 1988.

A meu ver, porém, não basta a afirmação de que o Constituinte estadual se desviou das referências da Carta Magna. É necessário também ressaltar que, ao alargar as atribuições da Defensoria estadual, ele – o Constituinte estadual – extrapolou o modelo institucional preconizado pelo Constituinte de 1988.

É de se indagar em que extensão essa extrapolação viola o modelo federal. Pode-se argumentar que em nada a assistência jurídica gratuita tenha sido prejudicada pelo acréscimo de atribuições contido na legislação gaúcha. Mas entendo, Sr. Presidente, que a atribuição de quaisquer outras atribuições à Defensoria tende a desvirtuar sua missão institucional vinculada à concretização de um direito fundamental específico, cujo fim último é a democratização do acesso à justiça.

A defesa de servidores pela Defensoria Pública gaúcha leva à desnaturação da missão institucional do órgão tal como a quis a Constituição de 1988. Por via transversa, a não-reprodução exata do sistema institucional previsto na Carta Magna importa o risco objetivo de não-concretização adequada (conforme os parâmetros da CF/1988) do direito fundamental à assistência jurídica.

Destarte, utilizando-se do aresto como parâmetro da atitude interpretativa que se quer consentânea com o texto constitucional, a incompatibilidade da Lei Federal *sub examen* (Lei Federal nº 11.448/2007) com as cláusulas constitucionais de regência se mostra incontornável, na medida em que o diploma legal confere *legitimação extraordinária* à Defensoria Pública, além do que não se apresenta constitucionalmente adequado

agir esta Instituição, em nome próprio, na defesa de interesses ou direitos alheios, cujos titulares não puderem ser reconhecidos como necessitados, vale dizer, aquele que comprovar insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV, CF/88).

Daí correta a assertiva de que, a prevalecer o alcance da norma infraconstitucional perante as cláusulas constitucionais, tal conduta interpretativa representaria ignorar a força normativa da Constituição da República, situação que, por si só, traduz-se em séria ameaça ao Regime Democrático de Direito. Não se pode, portanto, olvidar a força normativa da Constituição. Jamais poderá (deverá) ela se sujeitar ao poder dos fatos. Nem mesmo um eventual estado de necessidade, momentaneamente conveniente, poderia justificar o desrespeito à observância da interpretação constitucional. A preservação e o fortalecimento da normatividade constitucional é medida fundamental que se impõe ao intérprete. São essas as lições de Hesse (1991, p. 32):

As medidas eventualmente empreendidas poderiam ser justificadas com base num estado de necessidade suprapositivo. Ressalte-se que o conteúdo dessa regra jurídica suprapositiva somente poderia expressar a idéia de que a necessidade não conhece limites (*Not kennt kein Gebot*). Tal proposição não conteria, portanto, regulação normativa, não podendo, por isso, desenvolver força normativa. Assim, a renúncia da Lei Fundamental (*Grundgesetz*) a uma disciplina do estado de necessidade revela uma antecipada capitulação do Direito Constitucional diante do poder dos fatos. (*Macht der Fakten*). O desfecho de uma prova de força decisiva para a Constituição normativa não configura, portanto, uma questão aberta: essa prova de força não se pode sequer verificar. Resta apenas saber se, nesse caso, a normalidade institucional será restabelecida e como se dará esse restabelecimento.

Não se deve esperar que as tensões entre ordenação constitucional e realidade política e social venham a deflagrar sério conflito. Não se poderia, todavia, prever o desfecho de tal embate, uma vez que os pressupostos asseguradores da força normativa da Constituição não foram plenamente satisfeitos. A resposta à indagação sobre se o futuro do nosso Estado é uma questão de poder ou um problema jurídico depende da preservação e do fortalecimento da força normativa da Constituição, bem como de seu pressuposto fundamental, a vontade de Constituição.

5. Conclusão

Conclui-se, dessarte, que, à luz dos ensinamentos doutrinários colhidos, bem como da orientação jurisprudencial pacífica no Supremo Tribunal Federal, a declaração da inconstitucionalidade da Lei Complementar rio-grandense-do-sul encerra uma clara tendência da nossa Corte Suprema em alinhar, na sua função de intérprete natural do texto constitucional, as Instituições no que concerne às suas atribuições, não permitindo prevalecer a incongruência jurídico-constitucional posta em decisões de eventuais maiorias parlamentares. Com isso, concordamos inteiramente com o teor da decisão comentada.

5. Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Renato Franco de. A competência nas ações coletivas do CDC. *Revista CEJ*: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, Brasília, n. 25, p. 97-103, jun. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.022-1/RS. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 2 de agosto de 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 208.790/SP. Rel. Min. Ilmar Galvão. Brasília, 15 de dezembro de 2000.

CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Tradução Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbary. Campinas: Bookseller, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Tradução Adrián Sotero De Witt Batista. 5. ed. São Paulo: Classic Book, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. v. 2

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRAU, Eros Roberto Grau. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado: legislação processual civil extravagante em vigor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.